

对投机倒把罪几个问题的探讨

解士明 杨克佃 汤鸿沛

为把我国建设成高度物质文明和高度精神文明的社会主义现代化强国，党的十二大明确提出，必须坚持对外开放、对内搞活经济的政策，同时又要坚决打击经济领域和其他领域中危害社会主义的严重犯罪活动。这两个方面是相辅相成、缺一不可的，必须全面地贯彻执行。

经济领域中的犯罪活动是复杂的，也是多种多样的。其中，投机倒把犯罪活动是危害性比较严重的一种犯罪活动。这种犯罪活动是同我国的社会主义性质和社会主义计划经济以及管理制度水火不相容的，历来是我国人民民主专政重点打击的对象。特别是在新的历史条件下，投机倒把活动严重破坏着社会主义经济秩序，妨碍了对外开放、对内搞活经济政策的实行，危害着社会主义现代化建设，更是我们打击的重点。

从司法实践来看，在打击投机倒把犯罪活动的斗争中，由于历史上的种种原因，尤其是长期以来“左”的思想影响较深，往往混淆投机倒把活动同正当经营交易的界限；混淆投机倒把罪与非罪的界限；混淆投机倒把犯罪活动同其他犯罪活动的界限，既不能正确地保护正当的经营交易活动，也不能有力地打击投机倒把犯罪活动。因此从刑法理论和司法实践的結合上对投机倒把罪的这几个问题作一些探讨，对于正确认定投机倒把犯罪性质和适用法律，从而做到及时准确地打击投机倒把犯罪活动，是有实际意义的。

一

要划清投机倒把罪与非罪的界限，划清投机倒把罪与其他罪的界限，必须首先搞清投机倒把罪的构成要件，即它的主要特征和主要形式。

根据我国刑法的规定，投机倒把罪是指以获取非法利润为目的，违反国家金融、外汇、金银、物资、工商管理法规，非法从事工商业活动，扰乱市场，破坏社会主义经济秩序，情节严重的行为。从刑法理论和司法实践上看，构成投机倒把罪应具备以下三个主要特征：

（一）投机倒把罪所侵害的客体，应当是国家的金融、外汇、金银、物资、工商管理活动。如果犯罪行为所侵害的是其他客体，例如侵害国家对外贸易管制，或是侵害国家、集体、公民私人财物的所有权等，都不构成投机倒把罪。这是投机倒把罪与其他刑事犯罪相区别的一个本质特征。

（二）投机倒把罪在客观方面，表现为违反国家金融、外汇、金银、物资、工商管理法规，非法从事工商业活动，严重扰乱市场，破坏社会主义经济秩序的行为。

（三）投机倒把罪在主观方面，必须具有牟取非法利润为目的的直接故意。间接故意或过失，不构成投机倒把罪。

至于投机倒把罪的犯罪主体，刑法并未规定特定的主体，它既可以是国家工作人员，也可以是其他公民。既可以是从事商业的人员，也可以是生产人员或其他人员。国家工作人员利用职务上的便利犯投机倒把罪的是从重处罚的一个条件，而不是投机倒把罪的一个特征。

投机倒把犯罪的三个特征是统一的，缺一不可。有了这三个基本特征，可以正确区分投机倒把行为与非投机倒把行为。但是，在确认是否构成投机倒把罪时，除了考虑具备以上三个基本特征之外，同时，还必须根据我国刑法的规定，考虑其行为的情节是否严重。行为的情节显著轻微危害不大的，虽然具备了上述三个基本特征，但依法并不构成投机倒把罪。只有既具备了三个基本特征，又是情节严重的行为，才构成投机倒把罪。所谓“情节严重”，主要指投机倒把次数多，数额大，社会危害性严重。凡是采取欺诈手段，将国家严禁贩卖的物品，进行非法倒卖的；或者进行投机倒把活动时间长，次数多，非法经营数额或非法所得数额较大的；或者投机倒把行为引起市场波动，危害工农业生产和群众生活的，都应视为情节严重，构成犯罪的行为。

投机倒把行为的表现形式是多种多样的，当前主要的有以下几种：

- 1、非法倒卖国家明令禁止自由贩卖的工农业生产资料；
- 2、在国家计划收购物资的季节里，抬价抢购国家计划收购物资，破坏国家收购计划；
- 3、黑市经纪，牟取暴利；
- 4、买空卖空，从中渔利；
- 5、欺行霸市，囤积居奇，哄抬物价；
- 6、倒卖金银、外币、珠宝、文物、外货、贵重药材；
- 7、偷工减料、掺杂使假、以次充好、以假充真、以少充多，骗钱牟利；
- 8、明知是投机倒把分子，而向其出卖证明、发票、合同，或代出证明、代开发票、代订合同，或提供银行账户、支票、现金，从中牟取非法收入的。

二

划清投机倒把罪与非罪的界限是至关重要的，是正确适用刑罚的前提和条件。只有这样才能保护有利于国计民生的正当经营交易活动，有力打击破坏社会主义经济秩序的犯罪活动。

党的十一届三中全会以来，我们党冲破了“左”的思想束缚，实行了对外开放、对内搞活经济的政策，在经济结构、经济体制方面正在向适合我国国情的方向稳步发展。

在当前新的历史条件下，经济领域里的犯罪活动出现了一些新的情况和问题。近几年来，林彪、“四人帮”的残余分子在经济领域中大肆进行破坏活动；同时，在实行对外开放、对内搞活经济政策时，思想政治工作和有些管理措施一时没有跟上，社会上的一些不法分子和我们党、国家内部少数腐化变质分子，内外勾结，大搞投机倒把活动。他们中有许多人喊着新口号、打着新招牌进行犯罪活动，很能迷惑一些人。群众形容他们“打着机关、企事业单位、农贸货栈的牌子，盖着机关、企事业单位或公社的章子，用着国家银行的票子，拆社会主义的台子”。象闻名全国的河南“汽车大王”一案就是这样。他们未经工商管理部门批准，非法营业，打着“县级国家物资部门”的招牌，假借解决社队运输困难的名义，转手倒卖汽车，从中渔利。这是一方面情况。另一方面，根据过去的规定，有些行为是属于投机倒把行为，近几年的实践证明，这些行为不但对社会主义无害，有些还对社会主义建设有利。如个体工商户或种养业能手请帮手、带徒弟发展个体生产；私人购置大中型拖拉机、汽车从事生产、运输活动；个体农民经营完成任务之后的统购派购农村产品（不包括棉花）；个人长途贩运此地积压、彼地缺货的农村产品等等，再按过去的规定作为投机倒把行为加以打击，就背离了对外开放、对内搞活经济政策的要求。这两个方面的行为，一个是当前打击的重点，一个是当前保护的對象，而且这两方面的行为在社会活动中共存于生产领域和流通领域，常常互相交错在一起。正确区分两者的界限，直接关系到能否正确及时地打击和惩处破坏社会主义经济秩序的投机倒把活动和犯罪分子；关系到是保护社会主义生产方式，促进社会主义生产的

发展，还是妨碍社会主义生产的发展，束缚生产发展的大问题。因此，当前尤其要注意划清以下几个界限。

(一) 要划清投机倒把罪与正当经营交易的界限

正当经营交易活动，是指国家法律所保护的一种通过市场自由交易的活动。

当前，全国的经济形势发生了很大的变化，多种经营大发展，商品量大大增加。生产的发展，进入流通领域的产品量不断增加，客观上要求流通领域的人力、物力要相应的增加。而目前国营商业供销力量不足，流通渠道不畅，农村产品季节性又很强，许多农村产品丰收后卖不出去，农民经济上得不到兑现，势必要影响生产的进一步发展，这就需要一些个体商贩进入流通领域，作为社会主义经济必要的补充，疏通流通渠道。实践证明，这样的中间环节是非常必要的。在刑法理论和司法实践中我们应当摒除旧的传统认识和“左”的思想影响，既要打击投机倒把活动，又要支持和保护正当的经销活动。因此，不能把“长途贩运”或所谓的“二道贩子”同投机倒把罪混为一谈。要对具体问题作具体分析。如果在贩运中确有掺杂使假、以次充好、以少充多、骗钱牟利和哄抬物价的行为，情节严重的，一般可以按投机倒把行为论处。否则，不论是短途还是长途贩运，不论是肩挑、手提，还是使用车船贩运，也不论是一道还是二道、三道的贩运，只要属于允许收购或国家无力收购的剩余农村产品，是按照国家牌价或允许的价格买卖，产销两便，交易正常，从中获取了地区差价或合理收入的，就不能认为是投机倒把行为。如某县一九八一年白术大丰收（白术是一种药材），在完成国家收购任务之后，尚有大量积压。县医药公司派人推销，亦未解决问题。社员钱××征得县医药公司同意，并由该公司开具介绍信，购销了白术三万余斤，获利六千余元。钱购销的是完成国家收购任务后的二类农副产品，由于他的贩卖，既解决了国营商业供销力量不足和流通渠道不畅带来的问题，又解决了药农丰收后经济上得不到兑现的问题，于国于民都有利。因此钱××的行为属于正当经营活动，不能作为投机倒把罪处理。

从经济理论上讲，在社会主义时期，生产领域中直接生产产品的劳动和流通领域中把产品传送给消费者的劳动都是为满足消费需要这一目的服务的，产品从生产领域进入直接消费领域之间的流通过程，是生产过程在流通领域的延续。因此，个体商贩的贩运活动应视为生产过程的继续，其所得的收入应当属于劳动收入。当然，这种贩卖活动必须根据法律规定，向工商行政管理部门登记，并在工商行政管理部门的监督下进行。为了平衡收入，可以通过税收的办法予以解决，不能以投机倒把罪论处。

(二) 要划清投机倒把罪与违法行为的界限

投机倒把犯罪行为与一般违反工商管理等行政管理法规的行为是极相类似的，两者都侵害了国家金融、外汇、金银、物资、工商管理活动，都表现为违反国家金融、外汇、金银、物资、工商管理等行政管理法规，扰乱市场的行为，都具有牟取非法利润的目的等特征。可见具备这些特征的行为并不都是构成投机倒把罪的行为。只有既具备了这些特征，同时又触犯刑律而应受到刑罚处罚的行为，才构成投机倒把罪。在这里，违法与犯罪是既相联系，又相区别的。按照我国刑法第一百一十七条的规定，违反国家金融、外汇、金银、物资、工商管理法规，投机倒把，情节严重的，才属于应受刑罚处罚的犯罪行为。我国刑法的这条规定是以情节轻重作为划分罪与非罪的界限的。投机倒把活动时间短，次数少，非法经营数额和非法所得数额少，情节一般，危害不大的，就不构成投机倒把罪。相反，情节严重，危害后果大的，便构成投机倒把罪。因此，从刑法理论上和司法实践上正确区分和确认情节的轻重，

就成了划分罪与非罪界限的至关重要的问题。而要正确区分两者的界限，主要是根据行为人非法经营的数额和获取非法利润数额的大小，以及行为的危害程度来确定。一般来讲，非法经营额不满五千元，个人非法获取利润不满三千元的，可以由工商行政管理部门来处理，不作投机倒把罪论处。但也要具体案件具体分析。有些案件犯罪分子获取的非法利润很少，甚至亏了本，但经营数额很大，手段恶劣，情节严重，严重扰乱了市场，影响了物价稳定，危害了人民群众的经济生活，从而严重破坏了社会主义经济秩序的，就应当以犯罪论处。有些案件虽然经营数额较大，非法获利也不少，但情节一般，危害结果不大的，则可以不以犯罪论处。例如，某社员从当地农民手中收购麝香带到外省一个国营制药厂出售，先后十六次共贩卖麝香七百零两，获利四万余元。该社员收售国家严禁贩卖的二类物资麝香，是违反工商行政管理法规的行为，但该社员没有把麝香拿到黑市上抬价投机倒卖，而是全部卖给了国营药厂，价格是药厂定的，而且交纳了税金，其违法行为的情节一般，对国家的市场管理没有造成大的危害，所以不能以犯罪论处。

（三）要划清投机倒把罪与工作失误的界限

中共中央、国务院《关于打击经济领域中严重犯罪活动的决定》中指出：打击经济领域中的严重犯罪活动，一定要正确掌握政策，“要划清工作失误同违法犯罪的界限”，这一问题主要发生在国家机关、企事业单位里，是一个新问题。

目前，我国在实行对外开放、对内搞活经济政策的过程中，扩大了部分企业的自主权，这些企业生产出国家计划外的产品进入了流通领域，活跃了国内市场。但在开始施行时，由于某些制度和办法不完善，出现了一些违反国家工商管理等有关行政管理法规，扰乱市场管理活动的行为。这些行为又往往同有些由机关、团体、企事业单位所进行的投机倒把活动交织在一起。前者，一般是属于工作中的问题；后者，一般是属于违法或犯罪的行为。在司法实践中，这两者的界限往往不易划清，意见也常常很不容易一致。这是因为两者都有违反国家金融、外汇、金银、物资、工商管理法规，扰乱市场的行为。但是两者的行为的性质和行为的目的是不一样的。在行为的性质方面，前者购售的产品，是具有物化劳动（或准备经过物化劳动）的产品，即企业劳动者的生产劳动已经凝结在产品之中；而后者则是将产品转手倒卖，其中不存在物化劳动。这是一种情况。另一种情况，前者主要是由于制度不完善，政策界限不明确，管理办法不严谨，或由于不懂得国家的法律规定而发生的；后者则是明知故犯。因此，两者的行为在性质上是不一样的。在行为的目的上，前者是为了维护企业的简单再生产或正常的商品流通，而后者则是为了牟取非法利润。这里不妨举一案例说明这一问题。被告人王××、胡××系某部所属无线电厂的正副厂长。某部曾就生产军用品的工厂如何扭转亏损召开几次会议，交流军用品与民用品结合生产，进口电子散件组装经销扭亏增盈的经验。王、胡二人为使本厂扭亏增盈，减轻国家负担，未经外贸、外汇管理部门同意，私自同港商签订了以人民币兑换港币，再由港币兑换美元的办法购买电子散件的合同。在与港商交往中，被港商骗走人民币六十五万元。此案虽有违反国家外汇行政管理法规的行为，后果也比较严重，但从全案来看，王、胡二人主要是想通过进口电子散件经本厂组装后经销，维持本厂的简单再生产，扭转本厂亏损局面，为国家减轻负担，主观上不具有牟取非法利润的目的，也没有中饱私囊的行为，因此基本上属于工作中的失误，不属于投机倒把行为。

前几年，有些地区的机关、团体、企事业单位搞投机倒把活动的比较多，而又同扩大企业自主权过程中发生在流通领域中的问题交织在一起。因此，不仅要注意划清工作中的失误

与投机倒把犯罪活动的界限，而且在处理机关、团体、企事业单位的投机倒把案件时，还要注意两个问题。一是时间界限的问题，主要是看其行为是发生在国务院一九八一年一月七日《关于加强市场管理打击投机倒把和走私活动的指示》下达之前还是之后。在文件之前的行为，由于政策界限不明而发生的，一般不以犯罪论处；在文件之后的行为，明知故犯的就应该依法追究。二是情节和危害轻重程度的问题，情节较轻危害不大的，一般不按犯罪论处；情节严重危害重大的，就应该追究主要责任者的刑事责任。

（四）要划清投机倒把罪与不正之风的界限

前一段时期，有些企事业单位为了推销自己的产品（有些是滞销产品）和购买原材料，巧立名目，以高奖金、高报酬、手续费、提成费等名目雇请一些人为他们推销产品或购买原材料。一部分人为了获取高额“报酬”，受雇进行这种承包业务，牵线搭钩，乱拉关系，从事购售活动。这里有些属于投机倒把行为，有些则属于商品流通领域中的不正之风。凡是在这种购售活动中有掺杂使假、以次充好、以少充多、哄抬物价，转手倒卖、买空卖空，牟取非法利润，扰乱市场的行为，情节严重，触犯刑律的，应当依法追究刑事责任。凡是根据企事业单位签订合同的价格购售，购售价格合理，有利产销部门，只领取了经营单位支付的高额“报酬”的，一般可不作为犯罪论处。同时，必须指出，这种行为是社会主义经济秩序所不允许的，应予制止。

在正确划清投机倒把罪与不正之风的界限时，还要注意到时间界限问题，凡是行为发生在国务院一九八一年七月十五日《关于制止商品流通中不正之风的通知》之前的，情节轻微危害后果不大的，一般可不作犯罪处理。《通知》之后的行为，也要区别对待。确有掺杂使假，买空卖空，倒卖经济合同，转借银行帐号等投机倒把行为，经营数额巨大或非法所得较多，情节严重的，应按犯罪处理。除此以外，则应考虑到购销的是什么产品，对发展社会主义生产有利还是无利，数额的多少，社会危害性的大小，情节的轻重等情况。凡只违反工商行政法规，未触犯刑律的，应由工商行政管理部门处理，而不能以投机倒把罪论处。

三

经济领域中的犯罪活动情况极为复杂，犯罪的形式和手段多种多样，投机倒把犯罪的情况尤其如此。一方面，投机倒把犯罪行为本身违反的是多种行政管理法规，涉及面比较宽；另一方面，一些犯罪分子往往不仅犯有投机倒把罪，而且同时犯有其走私罪、诈骗罪等其他一些相关联的罪。因此，在认定投机倒把罪时，不仅要注意区分一罪与数罪，而且要注意区分不同种罪之间的界限。这里只着重谈谈必须正确区分投机倒把罪与诈骗罪的问题。

投机倒把罪与诈骗罪在司法实践中往往牵连在一起，或者结合并犯，两罪又有相似之处，因此，常常容易相互混淆。

本来，诈骗罪与投机倒把罪在犯罪构成上是很不一样的，两者在犯罪的主观方面、侵犯的客体和犯罪的客观方面都是不相同的。诈骗罪是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的欺诈办法，骗取数额较大的公私财物的行为。这就是说，诈骗罪的行为人在主观方面不是以牟取非法利润为目的，而是以非法占有公私财物为目的；它所侵害的客体不是社会主义的经济秩序，而是国家、集体和公民的公私财产所有权；它在客观方面不是非法进行工商业的投机倒把活动，而是用虚假的欺骗手段直接骗取公私财物的行为，因此，在刑法理论和司法实践中通常是不难区分这两种犯罪的界限的。当前存在的问题，主要是混淆了非法买空

卖空、转手承包等投机倒把行为同以虚假的合同、代买代卖为手段而骗取公私财物行为的界限，由于忽视了这两种行为的本质区别，只从它们的形式上去看，因而常常区别不清。应当看到，在投机倒把罪的行为中，那种“买空卖空、转手承包、偷工减料、掺杂使假、以假充真”等等行为本身都含有欺骗的内容，但都是以实际存在的“工商业交易”为前提的。这与诈骗罪的以不存在的虚假事实为前提而进行欺骗诈取是不一样的。前者的欺骗是以实物来欺骗的，不论其物是假的，还是半真半假的，总还有其物在；而后者则是虚构事实，给人以假相，使人信以为真，而达到骗取钱财的目的。这是区别两种犯罪的关键。举一案例说明，被告人李××伪造了某对外出口贸易公司的介绍信后，持信到某容器厂谎称该公司与外国公司签订了啤酒、矿泉水出口业务合同，要求该厂予以协助，为其提供啤酒容器桶十万只。后又伪造了一个香港某公司委托加工啤酒桶十万只的协议书。由于该容器厂无生产能力，由被告人李××与该厂负责人转包给七十三个单位，并签订了买空卖空合同八十一份，合同总金额达二千五百余万元，骗收材料予付款一百三十三万八千余元。对李××的行为是按投机倒把罪处理还是按诈骗罪处理，有不同意见。有的认为，被告以国家和集体名义，代订合同，买空卖空，属于投机倒把行为，而投机倒把罪本身就包含有诈骗的内容，本案是以投机倒把为主，应以投机倒把罪论处。这种见解是难于成立的。被告人李××虽有买空卖空，转包渔利的行为，但这些都是虚假的，所谓转手加工承包啤酒桶的业务是根本不存在的，这些只是他实施诈骗罪所采取的欺骗手段，其行为完全符合诈骗罪的构成要件，应以诈骗罪论处，不应定投机倒把罪。

论 走 私 罪

金 子 桐

一

走私，国际上的一般含义是指以牟取非法利润或暴利为目的，违反一国的海关法规，逃避它对外贸易的管理或垄断，非法运输货物、货币和其他物品进出国境的行为。它是一种国际性社会现象，是由于国家间商品差价的存在及各主权国家实行对外贸易管制而发生的。因为各国或各地区之间只要存在着商品差价，一些不法商人就会不顾本国或他国的主权，逃避其对外贸易管制，千方百计地将价贱地区的商品，偷运进出国境，到高价地区或国家内出售牟利。因此，走私行为损害各国主权，冲击其民族经济，危害很大。各国法律都予明文禁止，对其危害严重者，还要作为犯罪予以惩罚。

海关是一个国家的经济大门，负有查禁走私的重任。可是在旧中国，这座大门却长期被帝国主义者所控制。那个时候，他们往往与国内封建官僚买办相勾结，大量外货倾销我市场，又掠夺大量廉价原料外运。致使我民族经济长期遭受掠夺和摧残，工商凋敝，民不聊生。海关完全失去了保护国家利益的作用。此情此景，从旧社会过来的人，至今还记忆犹新。解放后，中国人民成了国家的主人，海关从此完全掌握在人民手中。此后，党和政府就海关制度、